

Título: Niñas, niños y adolescentes: su patrocinio letrado y la escucha

Autor: Cánepa, Sara

Publicado en: RDF 2018-VI, 21/12/2018, 25

Cita Online: AP/DOC/937/2018

Sumario: I. El fallo.— II. Reflexión primera.— III. Abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes en la provincia de Buenos Aires.

(*)

"El niño es el talón de Aquiles del adulto: el más fuerte en apariencia tiene miedo de quedar desarmado ante ese ser de verdad. Todo aquel que se consagra a escuchar la respuesta de los niños es un espíritu revolucionario".

Françoise Dolto, "La causa de los niños", Paidós, 1994, cap 7

I. El fallo

El juez de primera instancia decidió desestimar la designación de letrado a los fines de patrocinar a un niño menor de 14 años, teniendo en cuenta, asimismo, que el abogado en cuestión es el letrado patrocinante de una de las partes.

Dicha resolución fue objeto del recurso de revocatoria con el de apelación en subsidio, rechazadas por el juez de grado por considerar que el peticionante no revestía la calidad de parte y, en consecuencia, carecía de legitimación para recurrir.

Se interpuso la queja, la que fue admitida por la sala, concediéndose el recurso de apelación interpuesto.

El apelante se agravia en cuanto el a quo ha resuelto que no tiene edad suficiente para contar con patrocinio letrado, ya que implica dar instrucciones sobre el desenvolvimiento del expediente y que por su corta edad no posee. Refiere que la jurisprudencia citada en primera instancia no es aplicable al caso, en virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Se agravia, asimismo, de lo resuelto en cuanto a la inconveniencia de que sea el letrado de una de las partes quien intervenga como letrado suyo, toda vez que no ha sido fundamentado en la resolución recurrida y además dice que afecta su derecho de igualdad al no permitirle designar letrado patrocinante a quien él considera adecuado para tal función.

Por su parte, la Sra. defensora de Cámara puso de relieve que se encontraban dentro del marco de un proceso de violencia familiar —en el cual se ha dispuesto el cuidado personal unilateral de H. y S. a favor de su madre—, donde ya se encuentran interviniendo diversos efectores en resguardo de los intereses y derechos de los niños involucrados, no resultando pertinente ni beneficiosa en el actual estado de la causa la designación de un abogado para el niño. No obstante ello, entiende que, en miras del interés superior de su asistido, lo más favorable será la designación de un tutor. Por tales circunstancias, opina que deberá confirmarse la resolución apelada y rechazarse los agravios. La sala resuelve confirmar la resolución recurrida y ordena que se designe tutor especial para los niños.

II. Reflexión primera

La sentencia provoca la reflexión, desde mi punto de vista, una reflexión crítica con

respecto a la interpretación y aplicación de la normativa vigente.

De los argumentos esgrimidos para sostener la desestimación de la designación de abogado para el niño a un letrado que también ejerce el patrocinio del progenitor, el único fundamento que puede admitirse es que en el presente caso la calidad de patrocinante del progenitor y del niño atenta contra el resguardo de que el profesional responda a los intereses del niño únicamente.

El niño inmerso en el asunto de autos requiere del patrocinio letrado de un abogado o una abogada de niñas, niños y adolescentes que presente su postura y lo asista profesionalmente como parte procesal, sin sustituir su voluntad.

El tutor especial interviene en el proceso judicial de acuerdo con su leal saber y entender, desde la mirada adulta.

Por tanto, la Cámara debió revocar la sentencia del a quo y disponer la designación de una abogada o un abogado de niñas, niños y adolescentes de los registros obrantes en los organismos y organizaciones existentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [\(1\)](#).

Me inscribo en la concepción amplia en pos de la promoción de la asistencia y el patrocinio letrado de niñas, niños y adolescentes, evitando criterios rígidos cronológicos o que merezcan algún análisis evolutivo restrictivo [\(2\)](#).

III. Abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes en la provincia de Buenos Aires

Resulta auspicioso que el marco normativo promueva la participación de niñas, niños y adolescentes en las cuestiones que los involucran, que se promueva el ejercicio de su derecho a ser escuchados de modo que perciban que se actúa en consecuencia.

En los últimos años, la construcción del derecho internacional de derechos humanos ha permeado el derecho interno, atravesando las distintas disciplinas. En especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por ley nacional 23849, los tratados de derechos humanos incluidos en el plexo constitucional según se desprende del art. 75, inc. 22, y directivas en su consonancia tales como la del art. 75, inc. 23 [\(3\)](#), se han traducido en cambios en la esfera legislativa [\(4\)](#), jurisprudencial y doctrinaria.

La normativa que integra el plexo constitucional y las leyes propician que niñas, niños y adolescentes participen activamente en los procesos en los que se encuentren involucrados y afectados en sus deseos e intereses y que sean tenidos como parte. La ley 26.061 de protección integral, dispone el derecho de tener abogada o abogado como una de las garantías mínimas del debido proceso [\(5\)](#).

El ejercicio de la abogacía asesorando y/o patrocinando a niñas, niños y adolescentes es una práctica de promoción de la efectividad de sus derechos respondiendo a sus intereses personales y autónomos.

Así lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 17/2002 que desarrolla diferentes aspectos sobre la condición jurídica de niñas, niños y adolescentes; en el párr. 96 expresa que "Es evidente que las condiciones en las que participa

un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento".

La interpretación del plexo normativo en las cuestiones referidas a niñas y niños debe realizarse a favor de un amplio reconocimiento y vigencia de los derechos humanos y en el marco del modelo del acceso a la justicia [\(6\)](#).

En ese marco integrado por la ley 26.061, en particular en la disposición del art. 27 y su reglamentación por el dec. 415/2006, las pautas interpretativas que brinda la observación general 12/2009 del Comité de Derechos del Niño en relación con el art. 12 de la CDN y su interacción con los principios rectores y primordialmente la observación general 14/2013, CDN, aplicando como eje del procedimiento el principio de interés superior del niño, se sancionó en la provincia de Buenos Aires la ley 14.568 de Abogado del Niño.

Ello ha sido receptado por operadores judiciales de la provincia y de las distintas áreas de la administración, requiriendo la designación de abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes en diferentes asuntos y materias [\(7\)](#).

El Comité de Derechos del Niño, en las observaciones finales sobre el conjunto de los informes periódicos quinto y sexto de la Argentina, recientemente en los meses de mayo y junio de 2018, especialmente en el párr. 17 recomienda: "Derecho a ser escuchado. El Comité reitera sus anteriores observaciones finales (CRC/C/ARG/CO/34, párr. 37) y, a la luz de su observación general 12 (2009) sobre el derecho del niño a ser escuchado, alienta al Estado Parte a que vele porque las opiniones de los niños se tengan debidamente en cuenta en la familia, en la escuela, en los tribunales y en todos los procesos administrativos y de otro tipo que les afecten por medio, entre otras cosas, la adopción de una legislación apropiada, la formación de profesionales, en particular mediante el fortalecimiento de la función de los abogados que representan a los niños para garantizar plenamente su derecho a ser escuchados en los procedimientos judiciales y el establecimiento de actividades específicas en las escuelas y actividades generales de sensibilización" [\(8\)](#).

Quienes ejercemos el asesoramiento y patrocinio de niñas, niños y adolescentes abordamos el acto de la singularidad en la escucha. La escucha tiene una complejidad que amerita la especialidad. El ejercicio de la escucha de niñas, niños y adolescente nos lleva a conocer sobre las condiciones objetivas y subjetivas en las que se construye la identidad y la subjetividad.

El ejercicio de la escucha nos vincula con las concepciones sobre el sujeto, la familia, la subjetividad, los escenarios y los procesos de socialización, el contexto sociohistórico en el que acontecen y promueve la reflexión sobre el contexto familiar y social en el marco del cual emergen las subjetividades e identidades infantiles y juveniles en procesos de socialización política y de construcción social.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires va conformando doctrina en distintos aspectos atinentes al niño como sujeto de derechos, su especial condición, el

significado del interés superior aplicado a cada situación particular, ha jerarquizado la participación del niño en los procesos que los involucran, entre otros aspectos. De la misma manera le han dado especial tratamiento diferentes organismos y colectivos de expertos [\(9\)](#).

Bien se ha dicho que el interés superior del niño es semejante a un derecho procesal, cuando un niño es parte, se deben extremar los cuidados y consideraciones a su respecto y en la consideración a su persona en todas las etapas del proceso [\(10\)](#).

El interés superior de niñas, niños y adolescentes y su derecho a ser escuchados debe aplicarse en el marco de la garantía de constitucionalidad y convencionalidad, esto es, preservando la estabilidad de los niños desde la óptica del principio de continuidad afectiva, espacial y social de la infancia.

El interés superior del niño se considera un principio jurídico interpretativo fundamental, un derecho-garantía, es decir, una norma de procedimiento que determina que debe aplicarse siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto. El Estado deberá, al aplicar el interés superior del niño, demostrar que lo tuvo en cuenta y evaluar en el caso concreto qué es lo que representa el interés superior de cada niña o niño.

Por ello, como señala el Comité de los Derechos del Niño, "El objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño" [\(11\)](#).

Implica una evaluación que hay que hacer en cada caso en concreto, esto es, en la vida de cada niña, niño o adolescente. Que se aplique la ley bajo una valoración jurídica que se ajuste a las circunstancias fácticas.

Asimismo, la observación general 14 establece que la CDN, al utilizar la expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. "La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar" (párr. 37).

La observación general 14 reconoce la necesidad de que exista cierta flexibilidad en su aplicación, dado que el interés superior del niño puede entrar en conflicto con otros intereses, y dentro de ellos nombra específicamente el de los padres. Pero indica que "Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño" (párr. 39).

Para poder evaluar y determinar el interés superior se aconseja tener en cuenta las circunstancias concretas de cada niño y que "debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único" (párr. 49), y dentro de los

elementos que enumera que deben tenerse en cuenta para determinarlo, nombra en forma expresa la opinión del niño [párr. 52, inc. a)], ya que "Si la decisión no tiene en cuenta el punto de vista del niño o no concede a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad de que el niño o los niños participen en la determinación de su interés superior" (párr. 53).

A fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior sea considerado, cualquier decisión sobre los niños debe estar motivada, justificada y explicada. No basta con afirmar, en términos generales, que hubo otras consideraciones que prevalecieron frente al interés superior.

En la motivación se deben señalar explícitamente todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en el caso concreto y la manera en la que se han ponderado. Si la decisión difiere de la opinión del niño, se deberá exponer con claridad la razón por la que se ha tomado [\(12\)](#).

La manda convencional y constitucional es escuchar a los niños y actuar en consecuencia.

En efecto, el citado art. 27 —ley 26.061— dispone de garantías mínimas en el procedimiento judicial que los afecte, previstas en el marco de constitucionalidad y convencionalidad y, en particular, el derecho a ser oído, que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, a participar activamente del proceso, a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya, a recurrir ante el superior (el destacado es propio).

El Comité de los Derechos del Niño [\(13\)](#) señala la importancia de promover las oportunidades en favor del derecho del niño a ser escuchado, habida cuenta de que la participación del niño es un instrumento para estimular el futuro desarrollo de la personalidad y la evolución de las facultades del niño, conforme con el art. 6º y con los objetivos en materia de educación que se enuncian en el art. 29, ambos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho del niño a ser escuchado debe ser observado en los diversos ámbitos y situaciones en que el niño crece, se desarrolla y aprende. Existen varias maneras de influir en la observancia del derecho del niño a ser escuchado que se pueden utilizar para fomentar la participación del niño, ellas comienzan en la familia, en las modalidades alternativas de acogimiento, en la atención de salud, en la educación y la escuela, en las actividades lúdicas, recreativas, deportivas y culturales, en situaciones de violencia, hasta en los procedimientos de inmigración y asilo, entre otros [\(14\)](#).

Consiste en la posibilidad de los niños de participar de manera activa en el proceso, tener audiencias personales con el juez, ser informado desde el inicio sobre sus fines y características, con los ajustes necesarios para la comprensión del alcance y las consecuencias. Es obligatorio para el juez, como responsable del proceso, hacer cumplir las garantías reconocidas, no pudiendo tomar decisiones que involucren o que impliquen un cambio en la vida de los niños —directa o indirectamente— sin contar con su opinión.

En sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires [\(15\)](#), se ha expresado que el derecho a ser oído es de carácter personalísimo, por lo que no puede admitirse que se exija su ejercicio a través de la figura del representante promiscuo del menor —el asesor de menores—, ni de una figura como la del tutor ad litem, por cuanto su intermediación desvirtuaría la finalidad que se persigue, constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho.

Todos los procesos en que participe un niño, niña o varios niños y niñas y/o adolescentes deben tener condiciones básicas para la observancia del cumplimiento del derecho-garantía de ser escuchado, debiendo aplicarse la concepción dinámica de la OG 14 [\(16\)](#). En particular, se subraya que el hecho de que el niño sea muy pequeño o se encuentre en una situación vulnerable... "no le priva del derecho a expresar su opinión, ni reduce la importancia que debe concederse a sus opiniones al determinar el interés superior. La adopción de medidas concretas para garantizar el ejercicio en pie de igualdad de los derechos de los niños en ese tipo de situaciones debe someterse a una evaluación individual que dé una función a los propios niños en el proceso de toma de decisiones y permita introducir ajustes razonables [\(17\)](#) y prestar apoyo, en caso necesario, para garantizar su plena participación en la evaluación de su interés superior" (párr. 54).

En la provincia de Buenos Aires [\(18\)](#), la ley 13.298, en su art. 4º, expresa: "Se entiende por interés superior del niño la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en un marco de libertad, respeto y dignidad, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades, y el despliegue integral y armónico de su personalidad".

En el Código Civil y Comercial, lo encontramos en el art. 706: "...El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente... c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas".

Un aspecto relevante en relación con las garantías procesales y salvaguardas necesarias para velar por la observancia del interés superior del niño lo constituye: "...h) La evaluación del impacto en los derechos del niño: la adopción de todas las medidas de aplicación también debe seguir un procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial..." (OG. 14, párr. 99).

Las abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes ejercemos nuestra profesión aplicando los marcos constitucionales y convencionales, afrontando los desafíos que la práctica impone, integrando nuestra formación con prácticas interdisciplinarias que promuevan actuaciones respetuosas de la subjetividad.

El apasionante y potente mundo del derecho y las libertades se dispone a promover aquello que niñas, niños y adolescentes necesitan en un tiempo determinado en su historia de vida.

El patrocinio jurídico de niñas y niños nos hace reflexionar, es una reflexión filosófica, se trata del ejercicio de preguntar en cada situación el por qué, el para qué, el significado de determinado hecho o situación, la consulta con profesionales de otras disciplinas a fin de

encauzar nuestra acción en el marco de un enfoque de derechos con perspectiva de infancia [\(19\)](#). Ello en pos de superar el adultocentrismo, esto es, pensar que la etapa de la adultez es la etapa en la cual el humano se realiza, y de allí el devenir de que ser joven es el camino a ser adulto y ser niño es empezar la carrera para ser adulto.

Sabemos que el poder se instala haciendo pasar como verdaderas estas pautas y por eso el ejercicio profesional requiere de un ejercicio filosófico cuestionando la verdad, que es una gran cómplice del poder. Como del poder se trata, la deconstrucción del poder cuestiona a quienes tomen verdad, certeza, seguridad.

En la niñez se aprende viviendo en los ámbitos de transmisión del micro poder que es la familia, esto es, la organización y el disciplinamiento en el espacio privado. El poder viene siempre con una posibilidad a disposición para realizar la existencia, una potencia.

Estamos inmersos en pautas de una cultura que está alejada de dar trato de sujetos a niños, niñas y adolescentes.

Entonces el crecimiento de una persona augurará la posibilidad de ejercer derechos y ser libre en tanto el Estado, la comunidad, la familia auspicien prácticas de construcción de poder que lo garanticen.

Traducido a nuestras prácticas, es un desafío encaminar nuestra labor teniendo como eje el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes a fin de garantizar a través de prácticas subjetivantes un abordaje holístico en la efectividad de sus derechos.

El abogado del niño transmite el interés del niño desde su propia mirada —esto es, el enfoque de derechos humanos con perspectiva de infancia—.

Cabe recordar y tener muy presente en estas cuestiones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Fornerón e hija v. Argentina", sentencia de 27/04/2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), ha analizado los procedimientos de guarda judicial en el marco del cumplimiento del plazo razonable de conformidad con el art. 8.1 de la Convención. Y ha manifestado que el "derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales".

En el marco de la labor con niñas, niños y adolescentes, el transcurso del tiempo tiene una relevancia especial, pues puede generar efectos irreparables, ello en consideración del interés superior.

A la hora de ejecutar medidas, el Estado debe garantizar su efectividad, no es posible alegar obstáculos internos, producto de imposiciones que no surgen de la ley y debe aplicar el principio de prioridad, pues el paso del tiempo puede incidir de manera relevante y perjudicial en la situación psico-física y jurídica de niñas, niños y adolescentes. La dilación en el tiempo puede provocar afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a niñas, niños y adolescentes.

Debemos proceder con la debida diligencia y celeridad en los procedimientos a fin de lograr el objetivo de protección integral de niñas, niños y adolescentes, dando cumplimiento a todos

los actos que requiera el mandato de acciones en el marco de su interés superior.

La Corte Interamericana "ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y los supuestos en que corresponde indemnizarlo. Al respecto, ha establecido que el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o de su familia" [\(20\)](#).

Este requerimiento tiene como uno de sus objetivos evitar irregularidades procesales, dilaciones impertinentes, pues todo ello va en desmedro de la protección integral de niñas, niños y adolescentes y no responde al imperio del interés superior del niño, principio rector de todo procedimiento administrativo y judicial.

Debemos asumir que estas prácticas institucionales por acción o por omisión están alejadas de las directrices constitucionales y convencionales.

Cada niña, niño y/o adolescente tiene necesidades de acuerdo con su edad y su situación. El transcurso del tiempo en su vida tiene un impacto incomparable con el mundo adulto.

Es el ejercicio de la abogacía una herramienta primordial en pos de la efectividad de derechos de niñas, niños y adolescentes, sumando garantías para su tutela judicial efectiva. Así lo requiere la práctica del control de constitucionalidad y convencionalidad —Constitución y tratados internacionales que integran el bloque constitucional— [\(21\)](#).

La dinámica del patrocinio letrado particular es apropiada para promover el acceso a la justicia en una acción que promueve la efectividad del principio de la tutela judicial efectiva (art. 8º, CADH; art. 14, PIDCyP; art. 8º, DUDH).

Como expresa la Dra. Alicia Ruiz: "...el derecho no es sólo la norma, la ley; el derecho es una práctica discursiva, que es social y específica y que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto propios de una formación histórico social determinada. El derecho es un discurso social, y como tal, dota de sentido a la conducta de los hombres y los convierte en sujetos. Al mismo tiempo opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o a hacer. Su sentido remite al juego de las relaciones de dominación y a la situación de las fuerzas en pugna, en un cierto momento y lugar.

"Cada vez que el derecho consagra alguna acción u omisión como permitida o como prohibida, está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad.

"Se trata de un dispositivo de poder que, paradójicamente, al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación. Ese dispositivo de poder reserva su saber a unos pocos, y hace del secreto y la censura sus mecanismos privilegiados" [\(22\)](#). "...El juez es el encargado de administrar justicia, y de él se espera que realice la conjunción de singularidad y generalidad, que haga lo imposible... Quien es juez sabe de esta imposibilidad. Puede negar este saber, conformarse con aplicar mecánicamente la ley, el precedente, la doctrina y tranquilizarse diciéndose que 'actúa conforme a derecho'. O puede, en cambio, hacerse cargo de la angustia que el acto de juzgar supone y procurar lo imposible. Se

preguntará entonces acerca del otro, de los otros que quedarán signados por su decisión. No se conformará con apelar a la mera abstracción de la igualdad ante la ley, tratará de rescatar el valor de las diferencias, de lo particular y lo distinto. Asumirá la inescindible relación entre derecho y violencia, la politicidad de su lugar y de su función, el compromiso inexorable con la sociedad a la que juzga, en cada una de sus sentencias" (23).

En esto el principio del interés superior del niño es una prescripción de carácter imperativo hacia los adultos.

¿Cómo se reconocerá ciudadano quien no ha sido acompañado en la construcción de su subjetividad, quien no se reconoce como sujeto de derecho?

"La legalidad formal quedó infiltrada por la necesidad de reconocer la operatividad a los derechos sustantivos y la concepción del proceso como instrumento al servicio de logros de resultados, que han dado pie a la adecuación de las formas y aun a la desformalización. Todo ello, en conjunción con el principio de la tutela efectiva y eficiente, brinda sustento a la jurisdicción protectora o de acompañamiento, que se expresa y encarna en las tutelas diferenciadas preferentes de ciertas categorías de persona o situaciones. Las tutelas diferenciadas se derivan del principio fundamental de igualdad real de oportunidades y la imposición al Estado y a sus diversos poderes, incluyendo al judicial, de acciones positivas niveladoras, tendientes a favorecer ciertos derechos de personas o sectores englobados en la categoría de derechos sociales pertenecientes a grupos vulnerables o desfavorecidos, aludidos en el art. 75, inc. 23, del texto constitucional. La justicia protectora o de acompañamiento se construye mediante instituciones, procedimientos y técnicas que persiguen en general la tutela de los derechos sociales sensibles en términos de resultados útiles" (24).

En definitiva, el asesoramiento y el patrocinio jurídico de niñas, niños y adolescentes no es otra cosa que aplicar el principio del "interés superior del niño" como garantía reforzada.

"...La frontera entre los niños protegidos y los desheredados es arbitraria y equívoca. Ningún niño, esté bien alimentado o carezca de vivienda adecuada, es tratado como persona. La causa de los niños no será defendida con seriedad mientras no se diagnostique el rechazo inconsciente que induce a toda sociedad a no querer tratar al niño como persona, desde que nace, y frente al cual cada uno se comporta como le gustaría que se comportaran con él. Y esto parece subversivo. Lo esencial queda siempre esquivado y disimulado. Nadie osa abordar el problema en su auténtica subversión. La sociedad tiene miedo de abordarlo. Y enmascara la realidad con imágenes tranquilizadoras. En este sentido, decir la verdad es como hacer la revolución. Los adultos se niegan a reconocerlo y quien se los recuerda es subversivo" (25).

(*) Abogada UNLP, con formación y ejercicio profesional en la defensa de derechos humanos, niñez, adolescencia, familia. Abogada de niñas, niños y adolescentes. Integrante de la Comisión de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes del Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata. Se puede acceder a la trayectoria profesional en www.saracanepa.com.ar.

(1) Asesoría General Tutelar, Consejo de Derechos de la CABA, Asociación de Abogados de Buenos Aires, Programa PRABIA del CASACIDN y Abogados por los Pibes, Registro del Colegio Público de Abogados de Capital Federal.

(2) El derecho de los niños a la asistencia letrada fue reconocido por la CS, en el caso "G., M. S. c. J. V., L. s/ divorcio vincular", resuelto el 26/10/2010, tanto como en el caso "M., G. c. P., C. A.", del 26/06/2012. La Corte, en esos tiempos, no distinguió entre menores adultos y menores impúberes para tener un abogado en el proceso judicial. Sí distinguió en ambos fallos la capacidad para la designación de abogado, pero no el ejercicio efectivo del derecho al patrocinio letrado.

(3) CN, art. 75, inc. 23: "Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

(4) Ley Nacional de Protección Integral de las Niñas, Niños y Adolescentes 26.061, Ley Nacional de Salud Mental 26.657, Ley de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños 13.298 y fuero de familia y fuero penal del niño, ley 13.634, provincia de Buenos Aires.

(5) "Art. 27.— Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte".

(6) MORELLO, Augusto M. - ROSALES CUELLO, Ramiro, "Movimiento por el acceso a la justicia. Etapas y futuro", ED 2018-628, MJD2420; MORELLO de RAMÍREZ, María S. - MORELLO, Augusto M., "El abogado del niño", ED 164-1180/1185.

(7) En la provincia de Buenos Aires, desde la creación del Registro de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes, el asesoramiento y patrocinio letrado de niñas, niños y adolescentes es una realidad en cuestiones diversas como la materia registral, salud, educativa, judicial en el fuero de familia y de responsabilidad penal juvenil, fuero penal cuando niñas, niños y adolescentes son víctimas, fuero administrativo, fuero civil y en las distintas instancias judiciales. El marco normativo lo integran la ley 14.568, la reglamentación del funcionamiento del Registro en el Colegio de Abogados de la Provincia y convenio con el Ministerio de Justicia de la Provincia. Ver en www.saracanepa.com.ar/nota.php?note=25.

(8) Ver en www.saracanepa.com.ar/taller.php?taller=13.

(9) 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad adoptadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana 2008 y adheridas por la CS, en Ac. 5/2009; observación general 14 "Interés Superior del Niño", Comité Derechos del Niño, UN, 2013; observación general 12, "Derecho del niño a ser escuchado", Comité Derechos del Niño, UN, 2009; Orientación Técnica Institucional IIN-OEA nro. 1-2008 sobre la "Doble victimización del niño o niña ofendido frente a los procedimientos administrativos y jurisdiccionales ante casos de violencia o abuso sexual de niños y niñas"; Opinión Consultiva 17/2002, CIDH.

(10) El niño, con su protagonismo, imprime al proceso características particulares, se ha constituido en sujeto procesal conforme lo dispuesto en el art. 75, incs. 22 y 23, CN; art. 36, Const. Bs. As.; Declaración sobre los

Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, arts. 4, 6, 14, 15, 16; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24, inc. 1º; arts. 3º, 5º, 12, 19, 27, 29, Convención sobre los Derechos del Niño. Según sostuviera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 17 del 28/08/2002 ("Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño"), "...los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos —menores y adultos— y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado". Es por ello que, según la Comisión, "...las garantías consagradas en los arts. 8º y 25 de la Convención (se refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos) se reconocen a todas las personas por igual, y deben relacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el art. 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño". En este mismo sentido se ha expedido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, haciendo notar con preocupación que "...(en distintas legislaciones y prácticas de los países americanos) la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los arts. 8º y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano esas garantías..." (CIDH, pedido de opinión consultiva del 30/03/2001). Por ello, la Corte Interamericana ha concluido que "...en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven los derechos de los niños se deben observar los principios y normas propias del debido proceso legal..." (CIDH, opinión consultiva 17).

(11) Obs. gral. 14, CDN. El interés superior del niño es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento, indicando que "siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (párr. 6). El objetivo de esta observación es justamente promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos, entre ellas, en las decisiones individuales tomadas por autoridades judiciales o administrativas o por entidades públicas a través de sus agentes que afectan a uno o varios niños en concreto [art. 12, inc. b)]. Así, el art. 3º, párr. 1, impone a los Estados Partes velar para que todas las decisiones judiciales y administrativas "dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño y la importancia que se le ha atribuido en la decisión" [párr. 14, inc. b)], el destacado es propio.

(12) OG 14, "La argumentación jurídica", párr. 97.

(13) Observación general 12 (2009), Comité de los Derechos del Niño, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009, "El derecho del niño a ser escuchado", párr. 79.

(14) Ídem nota anterior, párrs. 89 a 131.

(15) SCBA, 02/05/2002, "S. de R., S. R. c. R., J. A". (A. 78.728). Del voto del doctor Pettigiani.

(16) OG 14: "Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para ello, no sólo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño" (párr. 84).

(17) Ver Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, art. 2º.

(18) Ley de la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. Ley 13.298, del año 2005 (con

las modificaciones introducidas por leyes 13.634 y 14.537).

(19) SCBA, C.117.505, "M., M. N. d. C. y otros c. 17 de Agosto SA y otro s/daños y perjuicios". Voto juez Dr. de Lázzari, 22/04/2015, se resolvió por mayoría hacer lugar a los recursos extraordinarios interpuestos en virtud de que "en el ámbito procesal está presente una garantía judicial que precisa de un enfoque de derechos con perspectiva de infancia... reconociendo la necesidad de que tal interpretación sea verdaderamente práctica y eficaz y no convierta las reglas de protección de derechos en fórmulas vacías de contenido que no tengan ningún efecto en la práctica...". Caso "Furlán y familiares v. Argentina", sent. del 31/08/2012, Excepciones Preliminares..., párr. 242; CIDH, "Almonacid, Arellano y otros v. Chile", sent. del 26/09/2006. "...No basta con una enumeración de derechos, sino que es preciso buscar los caminos para que tengan efectividad...".

(20) Cfr. "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala", Reparaciones y Costas, sentencia de 26/05/2001, Serie C, nro. 77, párr. 84.

(21) El plexo normativo se integra en especial con lo dispuesto en la ley 26.061 y el decreto reglamentario 415/2006 —art. 27—; la ley 14.568 de la provincia de Buenos Aires; la Convención Americana de Derechos Humanos, CADH —art. 19—; la Convención Derechos del Niño, CDN; la Constitución Nacional —arts. 16, 18, 75, incs. 22 y 23—; la Constitución de la provincia de Buenos Aires —art. 15, art. 36—; la Propuesta del Grupo de Especialistas en Justicia Amiga de los Niños en el que se plantea que, de acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, el derecho de cualquier persona de tener acceso a la justicia, derecho a ser informado, a ser escuchado, a ser asistido, etc., es necesario en una sociedad democrática y también comprende a los niños; la opinión consultiva 17/2002, CoIDH; las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, el Cód. Civ. y Com., arts. 1º y 2º.

(22) RUIZ, Alicia E. C., "Idas y vueltas por una teoría crítica del derecho", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 5; DERRIDA, Jacques (1989), "Márgenes de la filosofía", Ed. Cátedra, Madrid, 1997; Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad, trad. A. Barberá y P. Peñalver, Ed. Tecnos, Madrid. "Dirigirse al otro en la lengua del otro es la condición de toda justicia posible, pero esto parece rigurosamente imposible".

(23) RUIZ, Alicia E. C., "Idas y vueltas...", cit., p. 29.

(24) BERIZONCE, Roberto O., "La jurisdicción en el Estado de derecho democrático", LA LEY 2014-F-1106, 01/12/2014, cita online: AR/DOC/4249/2014.

(25) DOLTO, Françoise, "La causa de los niños", Ed. Paidós, 1994, cap. 7.